ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

9 oktober 2002 *

In zaak T-173/00,

KWS Saat AG, gevestigd te Einbeck (Duitsland), vertegenwoordigd door G. Würtenberger, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door A. von Mühlendahl, E. Joly, J. Miranda de Sousa en A. Di Carlo als gemachtigden,

verweerder,

* Procestaal: Duits.

betreffende een beroep tot vernietiging van de beslissing van de tweede kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 19 april 2000 (zaak R 282/1999-2),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. M. Moura Ramos, kamerpresident, J. Pirrung en A. W. H. Meij, rechters,

griffier: B. Pastor, hoofdadministrateur,

gezien het op 28 juni 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 10 oktober 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de op 9 januari 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie in repliek,

gezien de op 20 februari 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie in dupliek,

na de terechtzitting op 26 februari 2002,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geschil

1 Op 17 maart 1998 heeft verzoekster bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM; hierna: „Bureau") een aanvraag voor de inschrijving van een gemeenschapsmerk ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd.

2 De inschrijvingsaanvraag betreft de tint oranje die overeenstemt met referentie HKS7.

3 De waren en diensten waarvoor de aanvraag is ingediend, behoren tot de klassen 7, 11, 31 en 42 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn omschreven als volgt:

— „verwerkingsinstallaties voor zaaigoed, te weten voor zaaigoedreiniging, -etsing, het maken van pillenzaad uit zaaigoed, zaaigoedkalibratie, -werkzame-stofbehandeling, -kwaliteitsonderzoek en -zeving" van klasse 7;

— „verwerkingsinstallaties voor het drogen van zaaigoed" van klasse 11:

— „land-, tuin- en bosbouwproducten" van klasse 31;

— „technische en professionele consultatie op zakelijk gebied met betrekking tot de plantenteelt, met name de zaaigoedbranche" van klasse 42.

4 Bij beslissing van 25 maart 1999 heeft de onderzoeker de aanvraag afgewezen op grond van artikel 38 van verordening nr. 40/94. Zijns inziens mist het aangevraagde merk onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van deze verordening.

5 Op 21 mei 1999 heeft verzoekster krachtens artikel 59 van verordening nr. 40/94 bij het Bureau beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

6 Bij beslissing van 19 april 2000 (hierna: „bestreden beslissing"), die verzoekster op 28 juni 2000 is betekend, heeft de tweede kamer van beroep het beroep verworpen. Zij heeft in wezen geoordeeld dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

Conclusies van partijen

7 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het Bureau te verwijzen in de kosten.

8 Het Bureau concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

9 Ter terechtzitting heeft verzoekster voor het Gerecht een mondeling verzoek tot beperking van de in de inschrijvingsaanvraag opgenomen opgave van waren en diensten ingediend. Kort gezegd zou de opgave voor de klassen 7 en 11 worden beperkt tot de waren en diensten van industriële aard en de opgave voor de klassen 31 en 42 tot de waren en diensten van agro-industriële aard. Volgens verzoekster is het bij een dergelijke afbakening duidelijker, welke de werkelijk betrokken beroepskringen zijn.

10 Verweerder is van mening dat een dergelijk verzoek niet in de loop van het geding kan worden geformuleerd en dat de kleur van de opgegeven waren zelfs aldus opgevat geen onderscheidend vermogen zal hebben in de ogen van de betrokken industriële kringen.

11 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat uitsluitend de aanvrager van een gemeenschapsmerk bevoegd is de opgave van de waren en diensten te beperken en dat hij te allen tijde een daartoe strekkend verzoek aan het Bureau kan doen overeenkomstig artikel 44 van verordening nr. 40/94 en regel 13 van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1).

12 Blijkens deze bepalingen gelden voor een beperking van de in de inschrijvingsaanvraag opgenomen opgave van waren of diensten bepaalde bijzondere modaliteiten. Het verzoek dat verzoekster mondeling ter terechtzitting heeft geformuleerd, respecteert deze modaliteiten niet en kan derhalve niet als een verzoek tot wijziging in de zin van die bepalingen worden beschouwd. Ten slotte blijkt uit het dossier niet dat verzoekster tijdens de procedure voor de kamer van beroep een verzoek tot wijziging heeft ingediend [zie in die zin arrest Gerecht van 31 januari 2001, Sunrider/BHIM (VITALITE), T-24/00, Jurispr. blz. II-449].

13 Toewijzing van dit verzoek zou voorts betekenen dat het onderwerp van het geschil in de loop van het geding wordt gewijzigd, waardoor het beginsel van hoor en wederhoor zou worden geschonden. Volgens artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht kunnen de memories van de partijen geen wijziging brengen in het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep. In een geschil als het onderhavige dient het Gerecht immers de wettigheid van de beslissingen van de kamers van beroep te toetsen. A fortiori zou een beperking van de opgave van de waren en diensten — en dus een wijziging van het relevante publiek — tijdens de mondelinge behandeling voor het Gerecht de draagwijdte van het geschil noodzakelijkerwijs veranderen op een wijze die in strijd is met het Reglement voor de procesvoering. Dit belet overigens niet dat gedeeltelijke afstand van instantie wordt gedaan, wat in casu evenwel niet is gedaan.

14 Gelet op het voorgaande, moet het verzoek tot beperking van de waren en diensten die in verzoeksters aanvraag zijn opgenomen, niet-ontvankelijk worden verklaard. Bijgevolg heeft het onderhavige geschil betrekking op de situatie als onderzocht door de kamer van beroep.

Vordering tot vernietiging

15 Tot staving van haar beroep voert verzoekster twee middelen aan: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en schending van de artikelen 73 en 74 van verordening nr. 40/94.

Schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

16 Verzoekster betoogt dat kleuren door de klanten worden opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst van de betrokken waren. Dit blijkt uit de reclame van de onderneming waarin kleuring van zaaigoed wordt voorgesteld als een middel om dit zaaigoed te onderscheiden van dat van een concurrent. Zij merkt op dat elke producent voor zijn zaaigoed gebruik maakt van zijn eigen specifieke kleur, en dat bepaalde soorten zaaigoed overigens alleen in een gekleurde vorm worden verkocht.

17 De kleuren die over het algemeen voor kleuring van zaaigoed worden gebruikt, zijn verschillende tinten blauw, geel of rood, en niet oranje. Oranje is dus een fantasievolle, ongebruikelijke en originele kleur voor de betrokken waren. Voorts is de aangevraagde specifieke tint oranje (referentie HKS7) niet de natuurlijke kleur van deze waren. Bijgevolg is het voor het relevante publiek onmiddellijk duidelijk dat deze waren met de kleur HKS7 afkomstig zijn van een bepaalde producent.

18 Verzoekster verwerpt het idee van de kamer van beroep, dat de betrokken kleur vrij moet worden gehouden. In tegenstelling tot andere, algemeen verbreide kleuren, is oranje volstrekt ongebruikelijk in de relevante beroepssector. Bijgevolg bestaat er bij concurrenten geen behoefte om deze specifieke kleur te gebruiken.

19 Met betrekking tot de verwerkingsinstallaties voor zaaigoed merkt verzoekster op dat de gebruikelijke kleur rood is en niet oranje, en dat deze installaties zich onderscheiden van landbouwmachines in het algemeen.

20 Inzake de diensten van technische en professionele consultatie op zakelijk gebied met betrekking tot de plantenteelt merkt verzoekster op dat de enige bron, waarnaar het Bureau overigens voor het eerst in deze fase van de procedure verwijst, een Nederlandse onderneming betreft die de kleur oranje gebruikt om diensten van reclame en informatieverspreiding aan te bieden aan de landbouwsector. Er bestaat evenwel geen enkel verband tussen deze diensten en de door verzoekster aangeboden diensten, zodat deze verwijzing niet kan volstaan om te stellen dat de kleur oranje gebruikelijk is in de relevante dienstensector.

21 Volgens het Bureau kan een kleur als zodanig alleen een merk vormen wanneer de betrokken waren en diensten op grond daarvan kunnen worden onderscheiden zonder dat het publiek vooraf informatie moet hebben ontvangen om te kunnen

begrijpen dat het een merk betreft. De kleur als zodanig, zonder extra elementen, moet het mogelijk maken om de commerciële herkomst van de met die kleur aangeduide waren en diensten te identificeren, zonder dat de consumenten nadere informatie wordt verschaft.

22 Zaaigoed is volgens het Bureau soms van nature oranje. Bijgevolg zal de consument de kleur associëren met de waren en niet met de commerciële herkomst ervan. Een kleur heeft als functie om de consument in te lichten over bepaalde bijzondere kenmerken, bijvoorbeeld een bewerking van de waar of een gebruiksvoorwaarde, en niet om de commerciële herkomst van de waar aan te geven. Zelfs wanneer de kleur een dergelijke herkomstaanduiding beoogt, zal bijgevolg alleen een constante en doelgerichte praktijk de consument ertoe kunnen brengen, een kleur met een producent te associëren.

23 Voor landbouwmachines zijn volgens het Bureau alle tinten oranje zeer gebruikelijk. Bovendien is oranje de natuurlijke kleur van loodmenie, een roestwerend middel dat voor deze machines wordt gebruikt. Bijgevolg wordt de kleur oranje HKS7 niet opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst van deze toestellen, maar als een decoratief of functioneel element. Verder betoogt het Bureau dat verwerkingsinstallaties voor zaaigoed, gelet op de kenmerken en bestemming ervan, behoren tot de algemene categorie van landbouwmachines waarvoor verschillende tinten rood en oranje algemeen gebruikelijk zijn.

24 Aangaande de diensten merkt het Bureau op dat kleuren in alle economische sectoren als versiering worden gebruikt, en dus door de consument niet worden opgevat als een herkomstaanduiding, maar als een louter sierelement van een commerciële presentatie. In casu zijn er geen aanwijzingen die het de consument mogelijk maken, de betrokken kleur en de herkomst van de diensten met elkaar in verband te brengen. Voorts is er minstens één concurrent van verzoekster die de kleur oranje gebruikt, zodat deze kleur niet als een volstrekt buitengewone kleur voor deze diensten kan worden beschouwd.

Beoordeling door het Gerecht

25 Om te beginnen zij opgemerkt dat kleuren of kleurencombinaties als zodanig een gemeenschapsmerk kunnen vormen voorzover zij geschikt zijn om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden.

26 Dat een categorie tekens algemeen geschikt is om een merk te vormen, impliceert evenwel niet dat deze tekens noodzakelijkerwijs onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 hebben voor een bepaalde waar of dienst.

27 Tekens die onderscheidend vermogen missen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, zijn ongeschikt voor het vervullen van de wezenlijke functie van het merk, te weten de herkomst van de waar of dienst aan te geven zodat de consument die de door dit merk aangeduide waar heeft verkregen of aan wie de door dit merk aangeduide dienst is verleend, bij een latere aankoop of opdracht, in geval van een positieve ervaring, die keuze kan herhalen of, in geval van een negatieve ervaring, een andere keuze kan maken.

28 Het onderscheidend vermogen van een teken kan alleen worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, en uitgaande van de perceptie van het relevante publiek.

29 Voorts zij opgemerkt dat artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 geen onderscheid maakt tussen de verschillende types tekens. Niettemin is de perceptie van het relevante publiek in het geval van een teken bestaande uit een kleur of een kleurencombinatie als zodanig, niet noodzakelijkerwijs dezelfde als in het geval

van een woordmerk of een beeldmerk bestaande uit een teken dat losstaat van het voorkomen van de erdoor aangeduide waren. Terwijl het publiek de gewoonte heeft, woordmerken of beeldmerken onmiddellijk als identificatietekens van de commerciële herkomst van de waar op te vatten, is dit immers niet noodzakelijkerwijs het geval wanneer het teken samenvalt met het uiterlijk van de waar of wanneer het teken enkel bestaat uit een kleur of kleuren die worden gebruikt om diensten aan te kondigen.

30 Ten slotte kunnen kleuren of kleurencombinaties meerdere functies hebben, met name een technische, decoratieve, of herkomstaanduidende functie. Voorzover het relevante publiek het teken als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waar of dienst opvat, doet het feit dat dit teken tegelijkertijd meerdere functies vervult, niet af aan het onderscheidend vermogen ervan.

31 In casu heeft de kamer van beroep vastgesteld dat „de [betrokken] waren en diensten geen dagelijkse benodigdheden zijn, doch bestemd zijn voor gespecialiseerde afnemers die in een bepaalde sector werkzaam zijn". Er moet van worden uitgegaan dat het relevante publiek een specifiek publiek is, met een hoger kennis- en aandachtsniveau dan dat van het publiek in het algemeen. Dit publiek is evenwel niet specialist op het vlak van elke waar of dienst afzonderlijk, zoals verzoekster indirect voorstaat, noch een niet-professioneel publiek bestaande uit de betrokken kringen in het algemeen, zoals het Bureau dit ter terechtzitting heeft gedefinieerd.

32 Met betrekking tot de land-, tuin- en bosbouwproducten van klasse 31, en met name het door verzoekster specifiek vermelde zaaigoed, moet ervan worden uitgegaan dat, gelet op de aard, in het bijzonder de grootte en de vorm van het zaaigoed, waardoor het moeilijk kan zijn om een woord- of beeldmerk aan te brengen, het relevante publiek, dat door zijn kennisniveau in staat is de geclaimde kleurtint onmiddellijk te onderscheiden van de natuurlijke kleur van deze waren, kan begrijpen dat het hier een specifiek element van de waar betreft, op grond waarvan de commerciële herkomst kan worden geïdentificeerd. Aangezien

zaaigoed bestemd is om te worden ingezaaid, waardoor het dus aan visuele waarneming wordt onttrokken, zal het relevante publiek voorts niet denken dat de kleurtint een decoratieve of esthetische functie vervult, maar dat deze tint is gebruikt om de aldus gekleurde waren te onderscheiden van die met een andere commerciële herkomst.

33 Zoals de kamer van beroep terecht in punt 18 van de bestreden beslissing heeft vastgesteld, is het gebruik van kleuren, de aangevraagde tint oranje en zeer verwante tinten daaronder begrepen, evenwel niet uitzonderlijk voor deze waren. Bijgevolg zal het aangevraagde teken het relevante publiek niet in staat stellen om verzoeksters waren onmiddellijk en met zekerheid te onderscheiden van in andere tinten oranje gekleurde waren van andere ondernemingen.

34 Zelfs indien deze kleur niet gebruikelijk zou zijn voor bepaalde types zaaigoed, bijvoorbeeld voor de door verzoekster ter terechtzitting genoemde maïs of bieten, dient te worden opgemerkt dat ook andere kleuren door bepaalde ondernemingen worden gebruikt om aan te geven dat het zaaigoed een bewerking heeft ondergaan.

35 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, zoals in punt 31 supra is opgemerkt, het relevante publiek beschikt over een specifiek aandachtsniveau dat op zijn minst volstaat om niet onkundig te zijn van het feit dat de kleuren van zaaigoed onder meer kunnen dienen ter aanduiding dat het zaaigoed werd bewerkt. Zoals de kamer van beroep terecht heeft opgemerkt, zal het relevante publiek de aangevraagde kleur derhalve niet als een aanduiding van de commerciële herkomst van het betrokken zaaigoed opvatten.

36 Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door verzoeksters argument, dat de aangevraagde kleur voor haar waren geen technische functie met het oog op voorbewerking van zaaigoed vervult.

37 Aangezien in de relevante sector kleuren over het algemeen voor technische doeleinden worden gebruikt, kan het relevante publiek immers niet zonder meer de gedachte verwerpen dat oranje wordt of kan worden gebruikt om aan te geven dat het zaaigoed werd bewerkt. Zonder voorafgaande kennisgeving kan het relevante publiek dus niet concluderen dat de aangevraagde oranje kleur de commerciële herkomst van het zaaigoed aanduidt.

38 Bovendien wordt het merk niet alleen aangevraagd voor zaaigoed van suikerbieten en maïs en moet de aanvraag dus worden beoordeeld ten aanzien van zaaigoed in het algemeen, met name de categorie die in de merkaanvraag als voorbeeld van de betrokken landbouwproducten wordt vermeld, en niet ten aanzien van een bepaald type zaaigoed waarnaar specifiek wordt verwezen.

39 Wat de verwerkingsinstallaties van de klassen 7 en 11 betreft, zij opgemerkt dat deze waren behoren tot de algemene categorie van landbouwmachines. Verzoekster heeft niets aangevoerd dat de conclusie wettigt dat de aard, de bestemming of de methode van afzet van deze installaties vereist dat een bijzondere categorie waren wordt gecreëerd, waarvoor bepaalde kleuren niet gebruikelijk zijn. Voorts is het relevante publiek ook de gemiddelde consument, in casu die van alle landbouwmachines, en niet een zeer specifiek publiek dat beschikt over een aandachts- of kennisniveau waardoor zijn perceptie van de kleuren van de landbouwmachines kan worden beïnvloed, en dat bijzonder opmerkzaam is met betrekking tot verwerkingsinstallaties alleen.

40 Gelet op het voorgaande heeft de kamer van beroep in punt 21 van de bestreden beslissing terecht geoordeeld dat machines met deze kleur of een soortgelijke tint niet zeldzaam zijn. Aangezien oranje een gebruikelijke kleur is, stelt deze kleur het relevante publiek niet in staat om onmiddellijk en met zekerheid verzoeksters installaties te onderscheiden van in soortgelijke tinten oranje gekleurde machines van een andere commerciële herkomst. Het relevante publiek zal de aangevraagde kleur derhalve eerder louter als een element van de afwerking van de betrokken waren opvatten.

41 Met betrekking tot de diensten van klasse 42 blijkt uit punt 21 van de bestreden beslissing, dat de kamer van beroep heeft geoordeeld dat de aangevraagde tint bij gebreke van extra grafische of woordelementen niet als een aanduiding van de herkomst zal worden opgevat.

42 Dienaangaande zij in de eerste plaats opgemerkt dat bij diensten een kleur niet wordt toegepast op de dienst zelf, die van nature kleurloos is, en de dienst geen wezenlijke waarde verleent. Het relevante publiek kan dus het gebruik van een kleur als louter sierelement onderscheiden van zijn gebruik als aanduiding van de commerciële herkomst van de dienst. Bij gebreke van in het bijzonder woordelementen kan het relevante publiek immers meteen zien of de dienstverrichtende onderneming de voor de diensten gebruikte kleur willekeurig heeft gekozen.

43 In het voorbeeld dat het Bureau heeft gegeven om aan te tonen dat oranje gebruikelijk is voor de commerciële presentatie van diensten, wordt de kleur niet als zodanig gebruikt, maar als bestanddeel van een logo in combinatie met andere kleuren en secundair ten aanzien van een woordelement dat het hoofdbestanddeel vormt.

44 In de tweede plaats zij opgemerkt dat, zelfs indien deze kleur andere, meer directe functies vervult, zij bovendien door het relevante publiek gemakkelijk en onmiddellijk kan worden gememoriseerd als een onderscheidend teken voor de erdoor aangeduide diensten. Dat een dergelijk merk communicatief niet sterk is als gevolg van het feit dat dit merk op zich het zonder extra grafische elementen niet mogelijk maakt om verzoekster als verrichter van de betrokken diensten te identificeren, doet niet af aan het onderscheidend vermogen ervan. Daarvoor is immers niet vereist dat het aangevraagde teken precieze informatie over de identiteit van de dienstverrichter verstrekt. Het merk moet de doelgroep alleen in staat stellen de door het merk aangeduide dienst te onderscheiden van die van een andere commerciële herkomst.

45 Voorzover de voor bepaalde diensten geclaimde kleur een specifieke tint is, blijven voorts talrijke kleuren beschikbaar voor dezelfde of soortgelijke diensten. Derhalve heeft de kamer van beroep ten onrechte gesteld dat inschrijving van het teken een onnodige beperking zou vormen van de keuze van concurrenten om een kleur te gebruiken voor de presentatie van hun dienst of de identificatie van hun onderneming.

46 Bijgevolg dient te worden geconcludeerd dat het teken bestaande uit de oranje tint als zodanig, het relevante publiek in staat kan stellen de betrokken diensten van die van een andere commerciële herkomst te onderscheiden wanneer het bij een latere opdracht een keuze zal moeten maken.

47 Gelet op het voorgaande, moet het middel inzake schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 worden aanvaard met betrekking tot de diensten van klasse 42, en verworpen voor alle land-, tuin- en bosbouwproducten van klasse 31 en alle verwerkingsinstallaties van de klassen 7 en 11.

Schending van de artikelen 73 en 74 van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

48 Verzoekster beklemtoont dat het Bureau ingevolge artikel 73 van verordening nr. 40/94 verplicht is zijn beslissingen met redenen te omkleden. Daarmee wordt beoogd de administratie ertoe te dwingen haar beslissing zorgvuldig voor te bereiden door onderzoek van de feiten.

49 Verzoekster betoogt dat zij geen inzage heeft gehad in de documenten waarop het Bureau zijn beslissing heeft gebaseerd, waardoor zij de relevantie van de door het Bureau verrichte onderzoeken of de gevolgde redenering en de juistheid van de beslissing niet kan verifiëren, noch de daarop gebaseerde conclusies kan betwisten. Daarom is verzoekster van mening dat haar recht om te worden gehoord is geschonden en dat haar de mogelijkheid is ontnomen om de in de aanvraag opgenomen opgave van waren en diensten te beperken.

50 Voorts moet volgens verzoekster elke beslissing overeenkomstig artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 op concrete feiten zijn gebaseerd. In casu vervalt de motiveringsplicht niet door het bestaan van analoge beslissingen.

51 Het Bureau merkt op dat de motiveringsplicht dient te worden onderscheiden van een verplichting tot bewijsvoering op grond waarvan het onweerlegbaar bewijs van de materiële juistheid van de feiten en de juridische correctheid van de motivering moet worden geleverd.

52 Het Bureau beklemtoont dat artikel 73 van de verordening moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van de communautaire rechtspraak volgens welke de mate van de vereiste motivering afhankelijk is van de aard van de betrokken handeling en van de context waarin deze is vastgesteld.

53 Door verzoekster bij wijze van uitzondering toe te staan een repliek in te dienen, heeft het Gerecht verzoekster juist in de gelegenheid willen stellen om de relevantie van het betoog van het Bureau en van de tot staving daarvan aangevoerde stukken te betwisten.

Beoordeling door het Gerecht

54 In de eerste plaats zij opgemerkt dat de verplichting voor het Bureau om zijn beslissingen te motiveren, is neergelegd in artikel 73, eerste zin, van verordening nr. 40/94.

55 Deze motivering moet het mogelijk maken om in voorkomend geval de redenen voor de afwijzing van de inschrijvingsaanvraag te kennen en de bestreden beslissing gefundeerd te betwisten [zie in die zin arresten Gerecht van 31 januari 2001, Taurus-Film/BHIM (Cine Action), T-135/99, Jurispr. blz. II-379, punt 35, en Taurus-Film /BHIM (Cine Comedy), T-136/99, Jurispr. blz. II-397, punt 35].

56 In casu blijkt uit de bestreden beslissing dat de kamer van beroep de verschillende criteria aangeeft welke zij heeft gehanteerd om te bepalen of een kleur onderscheidend vermogen heeft, te weten in het bijzonder de perceptie van de aangevraagde kleur door het „beoogde publiek", het gebruikelijke karakter van deze kleur en het gebruik dat ervan is gemaakt voor de betrokken waren en diensten. Hoewel de motivering van de bestreden beslissing beknopt is, is verzoekster er niettemin door in staat gesteld, de redenen voor de afwijzing van haar inschrijvingsaanvraag voor elk van de opgegeven waren en diensten te kennen. Voorts heeft de kamer van beroep op het moeilijke punt van de aan- of afwezigheid van kleuren op zaaigoed een meer gedetailleerde motivering gegeven door te verwijzen naar de gebruikte feitelijke gegevens. Verzoekster beschikte dus over de elementen die nodig waren om de bestreden beslissing te begrijpen en de wettigheid ervan te betwisten voor de gemeenschapsrechter.

57 In de tweede plaats kunnen ingevolge artikel 73 van verordening nr. 40/94 de beslissingen van het Bureau slechts worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren.

58 Met betrekking tot verzoeksters betoog dat zij de documenten waarop de kamer van beroep haar beslissing heeft gebaseerd, niet heeft kunnen inzien en daarover geen opmerkingen heeft kunnen formuleren, zij vastgesteld dat deze documenten niet onontbeerlijk waren om deze beslissing te begrijpen en eventueel haar recht uit te oefenen om de opgave van de vermelde waren en diensten te beperken. Uit de motivering van haar beroep voor de kamer van beroep blijkt immers dat verzoekster in wezen op de hoogte was van de argumenten en elementen die deze kamer zou gaan onderzoeken om de beslissing van de onderzoeker te vernietigen of te bevestigen, en dus dat verzoekster de mogelijkheid heeft gehad om zich daarover uit te spreken.

59 Bijgevolg heeft de kamer van beroep artikel 73 van verordening nr. 40/94 niet geschonden door verzoekster niet de documenten te doen toekomen die alleen werden gebruikt om de bestreden beslissing voor te bereiden en te staven met gronden en een redenering die verzoekster reeds kende.

60 Met betrekking tot de verplichting van het Bureau om de feiten ambtshalve te onderzoeken als bedoeld in artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94, zij vastgesteld dat de kamer van beroep een bepaald aantal relevante feiten heeft onderzocht en gebruikt om te beoordelen of het teken onderscheidend vermogen heeft voor de verschillende in de aanvraag opgegeven waren en diensten. Dienaangaande vormen de analoge beslissingen die het Bureau vroeger heeft genomen, en de op internet gevonden voorbeelden geen vervanging van de in de bestreden beslissing ontwikkelde redenering noch nieuwe feiten die niet ambtshalve zouden zijn onderzocht, maar bijkomende elementen die het Bureau in zijn memories heeft aangevoerd om controle van de rechtsgrondslag van de bestreden beslissing mogelijk te maken.

61 Gelet op het voorgaande, moet het middel inzake schending van de artikelen 73 en 74 worden afgewezen.

Kosten

62 Volgens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien in casu het beroep van verzoekster slechts voor de categorie diensten is toegewezen, dient verzoekster te worden verwezen in haar eigen kosten en in twee derde van de kosten van verweerder.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

1) Vernietigt de beslissing van de tweede kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 19 april 2000 (zaak R 282/1999-2) voor de diensten van klasse 42.

2) **Verwerpt het beroep voor het overige.**

3) **Verstaat dat verzoekster haar eigen kosten en twee derde van de kosten van verweerder zal dragen. Verweerder zal een derde van zijn kosten dragen.**

Moura Ramos Pirrung Meij

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 9 oktober 2002.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

R. M. Moura Ramos